

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 164.028 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
PACTE.(S) : ADELMA HENRIQUE DA SILVA KINA
IMPTE.(S) : JAIR FERREIRA GONCALVES
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO RESP Nº 1.756.463 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: “*Habeas corpus*”. **Decisão monocrática** proferida por Ministro de Tribunal Superior da União. **Incognoscibilidade** do “*writ*” constitucional. **Precedentes. Ressalva da posição pessoal** do Relator, **que entende admissível** tal impetração. **Possibilidade, contudo, nas hipóteses** de competência originária do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, “*i*”), **de concessão** de “*habeas corpus*” **de ofício. Precedentes. Reincidência. Temporariedade** (CP, art. 64, I). **Consequente impossibilidade** de considerar-se, **para efeito** de definição da pena-base, **condenação transitada em julgado**, uma vez decorrido período de tempo **superior** a 05 (cinco) anos **entre** o cumprimento **ou** extinção da pena **e** a infração posterior. **Doutrina. Precedentes.** “*Habeas corpus*” **não** conhecido, **mas concedida** a ordem **de ofício**.

– O Supremo Tribunal Federal **somente** pode conceder ordem de “*habeas corpus*” **de ofício** naqueles casos em que a Suprema Corte **dispõe de competência originária** para processar e julgar o “*writ*” constitucional (CF, art. 102, I, “*i*”), **sob pena de supressão de**

HC 164028 MC / SP

instância, eis que – ao contrário do que permitiam anteriores Constituições brasileiras (CF/34, art. 76, 1, “h”; CF/37, art. 101, I, “g”; CF/46, art. 101, I, “h”; e CF/67, art. 114, I, “h”) – não mais se revela lícito ao Supremo Tribunal Federal, sob a égide da vigente Constituição da República, examinar, desde logo, ainda que em bases excepcionais, pleito de “habeas corpus” nas hipóteses em que haja perigo de consumir-se a ofensa à liberdade de locomoção física do paciente antes que o juízo ou Tribunal efetivamente possa conhecer do pedido. Precedentes: Rcl 24.768-AgR/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Rcl 25.509-AgR/PR, Rel. Min. EDSON FACHIN (Pleno).

– Não se revela legítimo, em face da Constituição da República, considerar como maus antecedentes condenações criminais cujas penas, cotejadas com infrações posteriores, extinguiram-se há mais de cinco (05) anos, pois, com o decurso desse quinquênio (CP art. 64, I), não há como reconhecer nem como admitir que continuem a subsistir, residualmente, contra o réu, os efeitos negativos resultantes de sentenças condenatórias anteriores. Inadmissível, em consequência, qualquer valoração desfavorável ao acusado, que repercuta, de modo gravoso, na operação de dosimetria penal. Precedentes. Doutrina.

HC 164028 MC / SP

DECISÃO: Trata-se de “*habeas corpus*”, com pedido de medida liminar, **impetrado** contra decisão monocrática **emanada** de eminente Ministro do E. Superior Tribunal de Justiça (**REsp** 1.756.463/SP).

Busca-se, em síntese, nesta sede processual, **seja afastada a valoração negativa**, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, **como maus antecedentes**, de condenações definitivas anteriores, **após o transcurso** do período extintivo de 05 anos **a que alude** o art. 64, I, do Código Penal, **e**, *sucessivamente*, **seja aplicada a causa especial de diminuição de pena** prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 em seu patamar **mais favorável**.

Sendo esse o contexto, **passo a apreciar a admissibilidade** do presente “*writ*”. **E**, ao fazê-lo, **devo observar que ambas as Turmas** do Supremo Tribunal Federal **firmaram** orientação no sentido da incognoscibilidade desse remédio constitucional, **quando ajuizado, como no caso em análise**, em face de decisão monocrática **proferida por Ministro** de Tribunal Superior da União (**HC 116.875/AC**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **HC 117.346/SP**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **HC 117.798/SP**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **HC 118.189/MG**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **HC 119.821/TO**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **HC 121.684-AgR/SP**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – **HC 122.381-AgR/SP**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **HC 122.718/SP**, Rel. Min. ROSA WEBER – **RHC 114.737/RN**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **RHC 114.961/SP**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, *v.g.*):

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.

I – (...) verifica-se que a decisão impugnada foi proferida monocraticamente. Desse modo, o pleito não pode ser conhecido, sob pena de indevida supressão de instância e de extravasamento dos

HC 164028 MC / SP

limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal, o qual pressupõe seja a coação praticada por Tribunal Superior.

.....
III – ‘Writ’ não conhecido.”

(HC 118.212/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

Tenho respeitosamente dissentido, em caráter pessoal, dessa diretriz jurisprudencial, **por nela vislumbrar grave restrição** ao exercício do **remédio constitucional** do “*habeas corpus*”.

Não obstante a minha posição pessoal, **venho observando**, em recentes julgamentos, **essa orientação restritiva**, *hoje consolidada* na jurisprudência da Corte, **em atenção** ao princípio da colegialidade, **motivo pelo qual impor-se-á o não conhecimento** desta ação.

Assinalo, *no entanto*, que, **mesmo** em impetrações deduzidas **contra** decisões monocráticas de Ministros *de outros* Tribunais Superiores da União, a **colenda** Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, **ainda que não conhecendo** do “*writ*” constitucional, **tem concedido**, “*ex officio*”, a **ordem** de “*habeas corpus*”, **quando se evidencie patente** a situação caracterizadora de **injusto gravame** ao “*status libertatis*” do paciente (HC 118.560/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, *v.g.*), **como entendo ocorrer na espécie**.

Cabe ter presente, *no entanto*, **para que se legitime** o exercício, *por esta Corte Suprema*, **da prerrogativa** fundada no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, que o Supremo Tribunal Federal **somente** pode conceder ordem de “*habeas corpus*” **de ofício** naqueles casos em que a Suprema Corte **dispõe** de *competência originária* para processar e julgar o “*writ*” constitucional (CE, art. 102, I, “**i**”), **sob pena de supressão de instância, eis que** – **ao contrário do que permitiam anteriores Constituições brasileiras** (CF/34, art. 76, 1, “**h**”; CF/37, art. 101, I, “**g**”; CF/46, art. 101, I,

HC 164028 MC / SP

“h”; e CF/67, art. 114, I, “h”) – não mais se revela lícito ao Supremo Tribunal Federal, sob a égide da vigente Constituição da República, examinar, desde logo, ainda que em bases excepcionais, pleito de “*habeas corpus*” nas hipóteses em que haja perigo de consumir-se a ofensa à liberdade de locomoção física do paciente antes que o juízo ou Tribunal efetivamente competente possa conhecer do pedido.

Estabelecidas tais premissas, e revelando-se viável, ao menos em tese, a concessão, de ofício, de ordem de “habeas corpus”, procedo à análise da controvérsia submetida à apreciação desta Corte.

Antes, porém, registro, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, defrontando-se com o tema ora em exame (CP, art. 64, I), reconheceu, quanto a ele, a existência de repercussão geral, fazendo-o em sede recursal extraordinária (RE 593.818/SC, Rel. Min. ROBERTO BARROSO), em ordem a definir se se revela legítimo, em face da Constituição da República, considerar, ou não, como maus antecedentes condenações criminais cujas penas, cotejadas com infrações posteriores, extinguiram-se há mais de cinco (05) anos.

Essa controvérsia constitucional, no entanto, já decorridos quase 10 (dez) anos, ainda não foi julgada pelo Plenário desta Corte Suprema, razão pela qual inexistente qualquer obstáculo que impeça a apreciação, pelos Juízes deste Tribunal, de referido litígio jurídico.

Passo, desse modo, a analisar a matéria veiculada na presente impetração. E, ao fazê-lo, verifico registrar-se, no caso, a situação aludida pelo art. 64, I, do Código Penal, que consagra a impropriamente denominada “prescrição da reincidência”.

Com efeito, decorrido o período de 05 (cinco) anos referido pelo art. 64, I, do Código Penal, **não há como reconhecer nem como admitir** que continuem a subsistir, *residualmente*, **contra** o réu, os efeitos negativos

HC 164028 MC / SP

resultantes de condenações anteriores. *Em face disso, mostrar-se-á ilegal qualquer valoração desfavorável, em relação ao acusado, que repercuta de modo gravoso, na operação de dosimetria penal, tal como sucedeu no caso ora em exame.*

É por essa razão que a colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal **tem advertido** que, “*Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes*” (HC 110.191/RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES – grifei). **No mesmo sentido: HC 125.586/SP**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **HC 126.315/SP**, Rel. Min. GILMAR MENDES – **HC 130.500/RJ**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **HC 133.077/SP**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – **HC 138.802/SP**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **HC 157.548-MC/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.:

“HABEAS CORPUS’. CONSTITUCIONAL. PENAL. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Condenação transitada em julgado há mais de cinco anos utilizada nas instâncias antecedentes para consideração da circunstância judicial dos antecedentes como desfavorável e majoração da pena-base. Impossibilidade. Precedentes.

2. Ordem concedida.”

(HC 131.720/RJ, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – grifei)

Cabe registrar, por oportuno, que essa mesma orientação tem sido observada pela colenda Primeira Turma desta Suprema Corte (**RHC 118.977/MS**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI):

“Habeas corpus’. Tráfico de entorpecentes. Dosimetria. Fixação da pena-base acima do mínimo legal em decorrência de maus antecedentes. Condenações extintas há mais de cinco

HC 164028 MC / SP

anos. Pretensão à aplicação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal. Admissibilidade. Precedente. 'Writ' extinto. Ordem concedida de ofício.

1. Impetração dirigida contra decisão singular não submetida ao crivo do colegiado competente por intermédio de agravo regimental, o que configura o não exaurimento da instância antecedente, impossibilitando o conhecimento do 'writ'. Precedentes.

2. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a cinco anos, conforme previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. Precedentes.

3. 'Writ' extinto. Ordem concedida de ofício."

(HC 119.200/PR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

Cumpre ressaltar, ainda, que eminentes doutrinadores perfilham igual entendimento (AMILTON BUENO DE CARVALHO e SALO DE CARVALHO, "Aplicação da Pena e Garantismo", p. 52, 3ª ed., 2004, Lumen Juris; CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JÚNIOR e FÁBIO M. DE ALMEIDA DELMANTO, "Código Penal Comentado", p. 274, 8ª ed., 2010, Saraiva; CEZAR ROBERTO BITENCOURT, "Código Penal Comentado", p. 297, item n. 11, 8ª ed., 2014, Saraiva; JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI, "Das Penas e seus Critérios de Aplicação", p. 168, 6ª ed., 2000, Livraria do Advogado; LEONARDO MASSUD, "Da Pena e sua Fixação", p. 157/159, 2009, DPJ; JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, "Direito Penal – Parte Geral", p. 521, item n. 1.1, "b", 4ª ed., 2010, Conceito Editorial), valendo destacar, por extremamente relevante, a lição de PAULO QUEIROZ ("Direito Penal – Parte Geral", p. 342/343, 4ª ed., 2008, Lumen Juris):

"Como vimos, autores há que entendem que, retomando a condição de primário, em razão do decurso do prazo de cinco [anos] sem praticar novo delito, poder-se-á, não obstante, usar tal condenação como maus antecedentes. Também aqui, no entanto, há clara ofensa ao princípio da legalidade, pois,

HC 164028 MC / SP

se, com o decurso do prazo, cessa a reincidência, principal forma de maus antecedentes, ela não pode ser aproveitada para outros fins, frustrando a finalidade da lei, até porque o acessório (maus antecedentes) deve seguir a sorte do principal (a reincidência). Mais: os maus antecedentes acabariam assumindo caráter perpétuo.” (grifei)

Vê-se, portanto, que não se revela legítimo, em face da Constituição da República, considerar como maus antecedentes condenações criminais cujas penas, cotejadas com infrações posteriores, extinguiram-se há mais de cinco (05) anos, pois, com o decurso desse quinquênio (CP, art. 64, I), não há como reconhecer nem como admitir que continuem a subsistir, residualmente, contra o réu, os efeitos negativos resultantes de sentenças condenatórias anteriores.

Inadmissível, em consequência, qualquer valoração desfavorável ao acusado, que repercuta, de modo gravoso, na operação de dosimetria penal.

Impõe-se reconhecer, quanto à matéria veiculada na presente impetração, que o eminente Ministro do E. Superior Tribunal de Justiça ora apontado como autoridade coatora não justificou, de maneira adequada, os motivos pelos quais afastou a causa especial de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, eis que invocou, como única razão para afastar referida minorante, condenação anterior em face da qual já se registrara o decurso do período de 05 (cinco) anos a que se refere o art. 64, I, do Código Penal, circunstância essa que, nos termos da jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal consagrou na matéria, não pode ser utilizada de modo desfavorável ao réu.

Eis, no ponto, o teor da decisão impugnada nesta sede processual:

“Inicialmente, em relação à configuração de maus antecedentes, destaca-se que, embora o Supremo Tribunal

HC 164028 MC / SP

Federal ainda não haja decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC – que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes –, certo é que, por ora, este Superior Tribunal possui entendimento consolidado no sentido de que ‘O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes. Precedentes.’ (HC n. 337.068/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe de 28/6/2016). Menciono, ainda: HC n. 413.693/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 16/10/2017.

Vale dizer, decorrido o prazo de 5 (cinco) anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não prevaleça mais para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes.

Diante de tais considerações, com razão o Ministério Público Estadual ao requerer seja reconhecida a existência de maus antecedentes em desfavor da ora recorrida, para fixar a pena-base acima do mínimo legal.

Ademais, nos termos do disposto no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrem organização criminosa.

Segundo entendimento desta Corte, o mencionado dispositivo legal tem como objetivo beneficiar, apenas, os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida (AgRg no AREsp n. 648.408/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe de 5/10/2015; AgRg no

HC 164028 MC / SP

REsp n. 1.423.806/SP; Quinta Turma, Rel. Ministro Gurgel de Faria, DJe de 20/8/2015)." (grifei)

Tenho para mim, desse modo, que a decisão em questão **apoiou-se** em elementos insuficientes, **destituídos de necessária base empírica idônea**, **revelando-se**, por isso mesmo, **desprovida** da indispensável fundamentação substancial.

Em consulta à página oficial que o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo **mantém** na "Internet", **constatei** que essa Corte judiciária, **ao julgar a Apelação** nº 0002987-90.2016.8.26.0408, **interposta** pela ora paciente, **proferiu** decisão que, **no ponto** que interessa ao presente "habeas corpus", **foi assim proclamada**:

"ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, **proferir a seguinte decisão**: 'Deram **parcial provimento** aos apelos de Edson Rodrigues Junior e Adelma Henrique da Silva para absolvê-los do crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006, **afastar o reconhecimento** da circunstância dos antecedentes **em relação a Adelma**, e **aplicar a ambos o redutor previsto no art. 33, § 4º** da Lei 11.343/2006, **obtendo-se a pena final de um ano e oito meses de reclusão em regime inicial aberto**, e pagamento de 166 dias-multa, fixados no valor unitário mínimo, para cada um dos apelantes. **Expeçam-se alvarás de soltura clausulados. v.u.**', de conformidade com o voto do Relator, **que integra este acórdão.**" (grifei)

Sendo assim, e pelas razões expostas, **não conheço** desta impetração, **mas concedo, de ofício, a ordem** de "habeas corpus", **para restabelecer, em sua integralidade**, o v. acórdão **emanado** da 1ª Câmara de Direito Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (**Apelação** nº 0002987-90.2016.8.26.0408).

Comunique-se, com urgência, **transmitindo-se cópia da presente decisão** ao E. Superior Tribunal de Justiça (**REsp** 1.756.463/SP),

HC 164028 MC / SP

ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (**Apelação** nº 0002987-90.2016.8.26.0408 – 1ª Câmara de Direito Criminal) e ao Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Ourinhos/SP (**Processo-crime** nº 0002987-90.2016.8.26.0408).

Arquivem-se estes autos.

Publique-se.

Brasília, 22 de novembro de 2018.

Ministro CELSO DE MELLO

Relator